

O SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO À PRIVACIDADE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105

Paulo Henrique de Souza Freitas

Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP.

Professor de Direito Comercial na Instituição Toledo de Ensino e advogado em Bauru).

Fernanda Eloísa Trecenti

Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação

da Instituição Toledo de Ensino.

Professora de Direito Tributário na ITE e advogada em Bauru).

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, reascendeu importantes discussões acerca dos limites à ingerência do Estado na vida dos cidadãos. Ao autorizar que, em determinadas situações, a Administração Pública tenha acesso a informações bancárias sigilosas, a L.C. 105 instigou a polêmica discussão acerca do sigilo bancário nas relações dos bancos com seus clientes e de seus limites no Estado Democrático de Direito.

Discute-se, na doutrina e no Supremo Tribunal Federal,¹ a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar no 105, que prevêem o acesso às informações bancárias, por parte de autoridades administrativas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que observados determinados requisitos.

¹ Existem atualmente cinco Adins pendentes de julgamento, questionando a constitucionalidade de dispositivos da LC 105.

O objetivo deste breve estudo é abordar a questão da compatibilidade dos dispositivos infraconstitucionais citados com a Constituição Federal de 1988, citando algumas posições existentes e, por fim, externando nosso entendimento.

Com efeito, muito se tem falado sobre a possibilidade da Administração Pública ter acesso às informações bancárias dos cidadãos, sem a necessidade de autorização judicial. A polêmica tem razão de ser, uma vez que no contexto da discussão estão envolvidos direitos individuais importantes, que protegem a privacidade, a intimidade e até mesmo, a liberdade de o cidadão viver sua vida à sua própria maneira e sem a interferência de terceiros.

Não temos dúvidas de que o sigilo bancário é um importante direito do cidadão. Por outro lado, também não temos dúvidas de que se mal dimensionado, este mesmo instituto pode servir de obstáculo à concretização da democracia social, dos ideais de justiça e igualdade, do bom funcionamento do aparelho estatal e ainda pode servir de esconderijo para criminosos. A matéria é de trato delicado pois envolve a questão, sempre atual, acerca da tensão entre os direitos individuais e o interesse público.

Na sempre preciosa lição de Miguel Reale:

Numa questão tão delicada e complexa como esta do sigilo bancário, que envolve um difícil balanceamento de valores, entre o pólo da intocabilidade pertinente à pessoa e o pólo oposto do que é exigido pelo interesse coletivo – não se podendo afirmar que um deles seja superior ao outro -, penso que se deve optar por uma linha de prudente adequação à conjuntura de cada caso concreto, obedecendo-se, desse modo, à diretriz indicada pelas mais atuantes correntes contemporâneas sobre o direito como concreção e experiência.

Nessa trilha, afigura-se-me que o saudoso mestre Giorgio Del Vecchio nos indica um caminho seguro quando, antepondo-se ao rigorismo ético de Emmanuel Kant, para quem a verdade deve ser dita a qualquer custo, ele optava por um resposta mais achegada à contingências humanas, no sentido de que ‘a verdade deve ser dita a quem tem direito a ela’²

A essa luz, e com especial atenção aos valores contidos na orientação política, econômica e social de nossa Constituição, é que procuraremos definir se o sigilo bancário constitui direito absoluto previsto no Texto Supremo ou se este direito comporta temperamentos e limites passíveis de ajuste pela legislação infraconstitucional, no caso a Lei Complementar nº 105.

2 REALI, Miguel. Os direitos da pessoa e o sigilo bancário. In: *Questões de Direito Privado*. p. 62.

2. NOÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO

A análise do sigilo bancário em face do poder de fiscalização da administração pública exige que enfrentemos, inicialmente, as questões referentes ao seu conceito e à sua natureza jurídica.

Sérgio Carlos Covello conceitua o sigilo bancário como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.³

Nelson Abrão define o sigilo bancário como sendo

*A obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas civis, penais ou disciplinares.*⁴

Interessante notar que a origem do sigilo bancário confunde-se com as origens das próprias atividades bancárias, conforme nos ensina Miguel Reale:

*a mais antiga justificação do segredo bancário não podia, pois, deixar de ter caráter empírico, baseando-se na idéia do uso tradicional, da praxe que teria resultado das contingências mesmas da vida comercial, obedecendo a necessidades brotadas dos próprios fatos, na linha da gênese jurídica legitimada, romanisticamente, *ipsis factibus dictantibus ac necessitate exigente*.*⁵

Portanto, como fruto das exigências da atividade comercial, o sigilo bancário teve sua origem num aspecto econômico, naquilo que alguns chamam de “*técnica de captação*”,⁶ onde o sigilo funciona como um atrativo da confiança dos clientes, que não querem ter sua situação financeira exposta a terceiros.

Com efeito, não é de se estranhar que as pessoas, ao depositarem seus valores à confiança de uma instituição financeira, “sintam-se mais seguras” numa situação de confidencialidade. Essa segurança, a que nos refrimós, tem sentido amplo, e se desdobra em várias facetas: proteção quanto à inveja de outros, proteção contra as aspirações arrecadatórias do Estado, proteção contra os concorrentes, etc.

De fato, o sigilo bancário nasceu para proteger os interesses privados dos comerciantes, dos banqueiros e de seus clientes, mas não se limitou a isso, pois

3 Sérgio Carlos Covello. *O Sigilo Bancário*, p.83.

4 Nelson Abrão. *Direito Bancário*, p. 54.

5 Miguel Reale, *Op. cit.*, p. 59.

6 Cf. Nelson Abrão. *Op cit.*, p. 53.

com o tempo, ganhou destaque de interesse público em função da importância que os sistemas bancário e de crédito passaram a ter no desenvolvimento econômico dos países. Houve, aí, um entrelaçamento do interesse privado com o público.

Assim é a lição de Arnoldo Wald:

*O cidadão tem direito a manter em sigilo as informações sobre sua vida financeira obtidas pelos bancos, o que **está ligado ao direito à privacidade, constitucionalmente protegido**. A instituição bancária tem direito de manter segredo dos dados de seus clientes, pois a discrição faz parte do seu fundo de comércio, sendo uma **forma de obter a confiança de terceiros**. Também é obrigação do banco não noticiar as operações realizadas, correspondendo ao direito já mencionado do cliente. O sigilo bancário interessa, ainda, à sociedade, porque **proporciona o bom funcionamento do sistema financeiro e o desenvolvimento da economia do país**⁷ (g.n.).*

Visto por esse prisma, podemos dizer que o sigilo bancário tem seu fundamento “trifurcado” da seguinte forma: 1.º) na proteção de segredos comerciais, pois a clientela e seus dados fazem parte do fundo de comércio dos Bancos; 2.º) no direito individual à privacidade, direito de o cliente não querer divulgar fatos de sua vida financeira, que podem, indiretamente, deixar transparecer fatos de sua vida privada ou comercial; e 3º) no interesse público, em favor da estabilidade do sistema bancário.

Quando falamos de sigilo bancário, é importante ressaltar que, antes de ser um bem protegido, o direito ao sigilo corresponde a uma faculdade de agir cujo objetivo é a proteção de outros institutos relevantes, que, como acabamos de ver, dão-lhe o fundamento. Isso ocorre porque o sigilo bancário é um direito de natureza jurídica instrumental, tendo como objeto a realização de um outro direito. No comentário de Tércio Ferraz Sampaio Jr.:

Seria, portanto, um equívoco falar em direito ao sigilo, tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto), como se se tratasse em si de um único direito fundamental. Ao contrário, é preciso ver e reconhecer que o sigilo, faculdade de manter sigilo, diz respeito a informações privadas (inciso XII do art. 5º) ou de interesse da sociedade ou do Estado (inciso XXXIII do mesmo artigo). No primeiro caso, o bem protegido é uma liberdade de “negação”. No segundo, a segurança coletiva.⁸

7 Arnold Wald. *Sigilo bancário e os direitos fundamentais*, p. 15.

8 Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 144.

A propósito dessa discussão sobre a natureza instrumental do sigilo bancário, que o relaciona com outros direitos (às vezes direitos fundamentais, como no caso da privacidade), é que parte da doutrina tem se equivocado e atribuído *status* constitucional ao sigilo bancário, embora a Constituição Federal, em momento algum, tenha falado em um direito ao sigilo bancário.⁹ Enquanto direito instrumental, o sigilo bancário, de fato, pode estar relacionado com a proteção a direitos fundamentais constitucionais, como é o caso da privacidade e intimidade, mas nesses casos, ainda assim, a proteção constitucional não recai propriamente sobre o sigilo bancário, mas sim sobre a privacidade e a intimidade.

Luiz Fernando Belinetti expôs a questão da seguinte forma:

Como já dissemos anteriormente, em certas hipóteses, o fundamento para o segredo bancário seria a privacidade. No entanto, nesses casos o que se protege é a privacidade e não propriamente o sigilo.

Entendemos que uma coisa é garantir-se a privacidade da pessoa, com fundamento em norma constitucional; outra é garantir-se o segredo de informações bancárias de uma pessoa, com base na legislação supramencionada.

Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário (com fundamento legal), tem a pessoa garantia à sua privacidade (com fundamento constitucional).

No entanto, se a revelação da informação não invadir a esfera da intimidade da pessoa, sua garantia é meramente legal, do sigilo bancário.¹⁰

É a partir desse contexto, onde o sigilo bancário se apresenta como direito instrumental, cuja instrumentalidade tem em vista a concretização de outros direitos, que iremos prosseguir nosso estudo, examinando, agora, até que ponto o sigilo bancário se relaciona com os direitos à intimidade e a vida privada (esses sim, com fundamento constitucional).

3. SIGILO BANCÁRIO, PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Conforme já dissemos, a Constituição Federal de 1988 não fala expressamente em sigilo bancário, mas sim em intimidade e vida privada. Já dissemos,

9 Até a publicação da Lei Complementar 105, o sigilo bancário era regulado pelo art. 38 da Lei 4.595/64.

10 Luiz Fernando Belinetti. *Limitações legais ao sigilo bancário*, p. 151.

também, que o direito à privacidade e à intimidade é um dos fundamentos possíveis do direito ao sigilo bancário. Desta forma, a questão que se coloca é a de saber se a garantia ao sigilo bancário está “necessariamente embutida” no princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, adquirindo, portanto, *status* de direito fundamental individual. Ou, se sua previsão, embora possa ter relação com o princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, é de natureza infraconstitucional.

Em simpósio sobre o tema do sigilo bancário, Tércio Sampaio Ferraz Jr. palestrou:

(...) a primeira coisa que nós temos que entender na tentativa ou não de colocar o sigilo bancário dentro da privacidade é, que a idéia de sigilo não é uma idéia única e exclusiva, referente à privacidade, aos temas da privacidade, aos temas da inviolabilidade de domicílio, de correspondência, etc. O Sigilo é um instrumento de proteção.

(...) a Constituição Federal não fala em sigilo bancário, mas ela fala em sigilo várias vezes. A expressão sigilo ocorre em vários incisos. Eu não sei decor, mas eu me lembro que várias formas de sigilo aparecem na Constituição Federal. Portanto, o sigilo é nitidamente na Constituição Federal brasileira um instrumento. Ele não é propriamente o conteúdo de um direito fundamental. Ele aparece antes como objeto de um direito subjetivo fundamental. E como objeto. Ele aparece em vários direitos. Nós temos várias formas de sigilo.

(...) no sigilo bancário pode estar envolvidas as questões de privacidade. Mas, não estão necessariamente envolvidas as questões de privacidade.¹¹

Quando Tércio Ferraz Jr. diz que “no sigilo bancário podem estar **envolvidas** as questões de privacidade” (grifo meu). ele deixa transparecer um ponto importante, que diz respeito ao fato de que, nas relações entre banco e seus clientes, o que se tem como essencial, é a troca de dados contábeis e patrimoniais. O aspecto da privacidade aparece de forma apenas indireta, na medida em que esses dados, contábeis e patrimoniais, tenham capacidade de desvendar algo privado ou íntimo, o que não é raro de acontecer.

Para ilustrar essa questão, imaginemos que, através de mecanismos tecnológicos, os dados bancários dos cidadãos possam ser codificados de maneira criptográfica, nas próprias instituições financeiras, de forma que não sejam aces-

11 Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Sigilo Bancário*.

síveis à compreensão humana através da simples leitura. Feita essa conversão, os dados seriam encaminhados, digitalmente, aos computadores da administração tributária que, por sua vez, fariam, eletronicamente, o confronto entre os dados bancários e os dados fiscais. Finalmente, desse confronto, resultaria uma listagem, agora sim, com nomes de contribuintes, cujas informações padecem de irregularidades. Nessa hipótese, existiu o acesso da Administração Tributária a dados sigilosos, mas, não existiu invasão à privacidade, porque nenhum ser humano teve acesso ao conteúdo dos dados sigilosos.

A partir dessa idéia, pretendemos evidenciar que somente nos casos onde o acesso às informações bancárias puder, realmente expor a vida privada dos clientes é que a proteção constitucional à privacidade e à intimidade recairá, também, sobre o sigilo bancário. Portanto, temos que direito ao sigilo bancário não é desdobramento necessário do direito à privacidade e à intimidade, razão pela qual não possui necessário e direto *status* constitucional.

Na jurisprudência brasileira, o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no RE 219.780, deixou clara sua convicção de que o sigilo bancário não tem proteção constitucional específica:

A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário.

A questão, portanto, não é puramente constitucional. A quebra do sigilo bancário faz-se com observância, repito, de normas infraconstitucionais, que se subordinam ao preceito constitucional.

A questão, realmente “não é puramente constitucional”, porque o direito ao sigilo bancário não é um direito fundamental e nem possui posituação constitucional, mas inobstante, o direito ao sigilo bancário, assim como todo o ordenamento jurídico, a Ela está subordinado tanto em sentido formal, como material.

Desse modo, concluímos que uma lei infraconstitucional, que pretenda “flexibilizar” a quebra do sigilo bancário, deverá observar o âmbito da proteção constitucional conferida à privacidade e à intimidade a fim de evitar que o acesso à informação bancária possa violá-lo.

Para um melhor entendimento dessa situação, importante distinguir as situações onde o acesso a dados bancários agride o direito constitucional à privacidade e à intimidade, das situações onde o que está na berlinda são outros interesses, como o segredo comercial e o sistema bancário.

Para tanto, faz-se necessária a análise dos direitos à privacidade e à intimidade conforme foram positivados no texto e no sistema constitucional.

4. PRIVACIDADE E INTIMIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na Constituição Federal brasileira, a proteção à vida privada e à intimidade foi colocada no Título II, “Dos Direitos e Garantias Constitucionais”, mais especificamente, em seu 1.º capítulo, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, dispondo:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)*

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Situando-se entre os chamados “direitos individuais fundamentais”, o direito à vida privada e à intimidade faz parte das chamadas cláusulas pétreas, que constituem um núcleo material imutável do texto constitucional por força do inciso IV, do § 4.º, do art. 60. Essa circunstância, evidentemente, já demonstra a importância que o legislador constituinte conferiu ao tema, conforme explica Luiz Alberto David Araujo:

As vedações materiais ao poder de reforma revelam o cuidado do constituinte com certos temas, tratados sob o ângulo de princípios constitucionais. São vigas mestras do sistema, que não podem ser passíveis de alteração, sob pena de desmoronamento do sistema criado.¹²

E, no que diz respeito às consequências de um direito constituir-se numa cláusula pétrea e, portanto, num princípio constitucional, Luiz Alberto Araujo continua:

O intérprete constitucional não poderá deixar de atentar, quando da análise da Constituição – ou qualquer outro dispositivo infraconstitucional – para o fato de que a norma tem caráter principiológico, devendo, portanto, vincular seu entendimento. A interpretação constitucional não pode se afastar dos princípios constitucionais, sob pena de concluirmos sem qualquer fundamento nos bens escolhidos como importantes pelo constituinte.¹³

12 Luiz Alberto David Araujo. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, p. 71.

13 Id. *Ibid.* p. 73.

De fato, os princípios constitucionais representam “os bens escolhidos como mais importantes” ou, em outras palavras, os valores que inspiram a Lei Suprema e cuja orientação repercute tanto na produção e na interpretação de todas as leis do ordenamento jurídico, como também nos objetivos a serem perseguidos pelo Estado de Direito.

Demonstrada a importância que a Constituição Federal atribuiu ao direito à vida privada e à intimidade, erigindo-o à condição de cláusula pétrea e de princípio constitucional, cabe-nos, agora, dar enfoque ao conteúdo e ao alcance desse direito.

Da leitura do texto constitucional, percebemos que o legislador constituinte fez por distinguir a intimidade da vida privada, caso contrário não incluiria ambas as expressões na letra da lei. Contudo, no que se refere à exata dimensão e ao âmbito de proteção de cada uma destas expressões, a distinção não ficou completa, tarefa que restou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Em verdade, tais expressões são bastante imprecisas, podendo conter em si diferentes dimensões da vida do cidadão, tais como: as lembranças pessoais, a intimidade do lar; a saúde; a vida conjugal; as aventuras amorosas; os lazeres; o direito ao esquecimento; a vida profissional, o segredo dos negócios e a imagem.¹⁴

Para Celso Ribeiro Bastos, o inc. X do art. 5.º deve ser entendido da seguinte maneira:

(...) oferece guarida ao direito à reserva da intimidade, assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Esta proteção encontra, como visto, desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.

Não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição. É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade.¹⁵

14 Cf. Luiz Alberto David Araujo. *Op. cit.*, p. 37.

15 Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º vol.

Para José Afonso da Silva,

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.¹⁶

Ao que nos parece, a Constituição Federal, ao fazer distinção entre as idéias semelhantes e entrelaçadas de intimidade e vida privada, adotou a chamada “teoria das esferas”. Com base nos ensinamentos de Alexy, o jurista português Saldanha Sanchez explica essa teoria:

De acordo com a conhecida teoria das esferas (Sphären:theorie) a privacidade no seu conjunto é concebida como um conjunto de esferas concêntricas, em que a proteção mais intensa é conferida à esfera da intimidade, seguida por uma decrescente intensidade da tutela da esfera privada e da esfera social.¹⁷

Veja-se, então, que para a Constituição Federal de 1988, a intimidade corresponde a um âmbito mais restrito da vida privada, corresponde àquela parcela da vida do cidadão, resguardável até mesmo daqueles que participam de sua privacidade, de modo que suas convicções pessoais, seus medos, suas angústias, seus desejos mais íntimos que prefere guardar para si, estão protegidos da curiosidade de terceiros, que neles não podem adentrar.

A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que, para uma situação qualificar-se como pertencente à esfera da intimidade, é necessário que não tenha qualquer repercussão na vida social, restringindo-se ao âmbito que alguém reserva para si de maneira absolutamente exclusiva, e cita como exemplos: o diário; as próprias convicções, o segredo íntimo cuja mínima publicida-

16 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 211.

17 J. L. Saldanha Sanchez. *Segredo bancário e tributação do lucro real*.

de constrange. Quanto à vida privada, esta corresponderia a uma esfera mais ampla, onde estão os relacionamentos com a família, os amigos, os colegas de trabalho:

Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde. (cf. Lubmann, 1972). A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.¹⁸

Para o referido jurista, a esfera da vida privada admite “uma certa gradação nos direitos da privacidade”, que deverá ser correspondente e proporcional à repercussão social que a situação enseja.¹⁹ Esse é, também, o entendimento de J. L. Saldanha Sanchez que, ao dissertar sobre os diferentes níveis de proteção conferido às várias “zonas de privacidade”, atribui essa ocorrência à necessidade de uma ponderação dos vários bens jurídicos envolvidos, e, para exemplificar seu pensamento, cita um caso da jurisprudência espanhola:

Na apreciação da constitucionalidade, da lei que permitia o controlo administrativo das contas bancárias o Tribunal Constitucional espanhol realizou uma distinção entre intimidade pessoal e familiar e a ‘intimidade econômica’ onde a proteção constitucional é menos intensa.²⁰

Dessa forma, pode-se dizer que existem, dentro da esfera da privacidade, situações com intensidades de proteção constitucional distintas, e que isso se manifesta na medida em que outros interesses, de mesmo *status* constitucional, entram em jogo ou, também, quando as próprias situações, em razão de sua

18 Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 143.

19 Ibid. p. 142/143

20 J. L. Saldanha Sanchez. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*.

transcendência econômica, vão se afastando do caráter de liberdade pessoal e se aproximando mais de uma mera proteção patrimonial (fora da esfera da vida privada).²¹ Uma proteção constitucional menor, significa uma proteção passível de mais exceções, sendo isso possível, porque nenhum direito ou princípio (mesmo cláusula pétrea) pode se considerado absoluto.

No comentário de Aurélio Pitanga Seixas Filho,

A intimidade e a privacidade das pessoas deve ser inviolável, nos termos do inc. X do mesmo art. 5.º, desde que não extrapole para a vida em sociedade, como é a atividade econômica em que a pessoa tem que, necessariamente, prestar contas de seus atos. (...)

*Não há a menor dúvida ou questionamento de que o interesse coletivo tem predominância sobre o interesse individual, que no caso da intimidade ou vida privada, como os próprios termos estão a indicar, restringe-se ao insulamento da vida pessoal.*²²

O Supremo Tribunal Federal, também, manifestou entendimento semelhante no já mencionado julgamento do RE 219.780, cujo relator foi o ilustre Min. Carlos Velloso:

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido”²³ (g.n.).

Como todos os princípios constitucionais, também o princípio correspondente ao direito à privacidade tem seus limites “demarcados” através da interpretação conjunta com outros princípios constitucionais, donde concluímos que

21 J. L. Saldanha Snachez. *Segredo bancário e tributação do lucro real*.

22 Aurélio Pitanga Seixas Filho. *O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas*, p. 243

23 Acórdão publicado no Diário da Justiça, 10.09.99, p. 23.

o sigilo bancário, quando atuar como instrumento de realização do direito à privacidade e à intimidade, terá seus limites postos de maneira análoga aos desse direito. Nas palavras de Tércio Ferraz Jr: “já por aí se observa que o direito à inviolabilidade do sigilo (faculdade) exige o sopesamento dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado (objeto)”.²⁴

5. SISTEMÁTICA DE LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De forma bastante sintética, podemos dizer que uma constituição, como lei estrutural e legitimadora de um determinado estado, constitui-se num conjunto de normas representativas de um compromisso entre os todos os cidadãos, que ali depositaram suas aspirações políticas, sociais e econômicas. Esses valores que a sociedade elegeu como fundamentais, são positivados na Constituição através dos princípios constitucionais, de onde irão informar e condicionar todo o ordenamento jurídico. Assim, interpretar a Constituição significa entender os valores e os anseios de uma Nação. Tarefa das mais difíceis e importantes.

Sobre o assunto, José Alfredo de Oliveira Baracho escreveu:

*Não deve o jurista, ao interpretar a norma constitucional, afastá-la de sua origem política e ideológica, proveniente da vontade política fundamental. Em matéria constitucional, é quase impossível apegar-se a critérios absolutos de interpretação.*²⁵

Na mesma linha, é o comentário de Eros Roberto Grau:

*O que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o ‘estatuto jurídico do político’, o que prontamente nos remete à ponderação de ‘valores políticos’. Como, no entanto, esses ‘valores’ penetram o nível jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – sejam em ‘princípios positivos do direito’, seja em ‘princípios gerais do direito’, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais princípios, como formadores da interpretação das regras constitucionais.*²⁶

24 Tércio Sampaio Ferraz Jr.. *Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 145.

25 Apud. Elcio Fonseca Reis, *O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos indeterminados e segurança jurídica*, p. 158.

26 Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 167.

A interpretação constitucional, assim como de qualquer outra norma, também deve ser efetuada pelos métodos tradicionais da hermenêutica, a saber: o *lingüístico*, onde o que se procura é o significado das palavras e orações contidas no texto normativo; o *sistêmico*, onde se considera a norma em relação a posição que ocupa no ordenamento jurídico como um todo e o relacionamento (substancial e material) entre as normas; e finalmente, o *funcional*, que estuda as diferentes funções (conflitivas ou não) de uma mesma norma. Contudo, a interpretação constitucional vai além das regras da hermenêutica jurídica clássica; veja-se a posição do jurista alemão Peter Häberle:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e realidade constitucional' - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral-, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da 'realidade constitucional'.²⁷

Com efeito, a Constituição, através dos princípios nela contidos, é expressão maior dos valores em que se assenta determinada sociedade, razão pela qual se encontra impregnada de sentimentos, expectativas e conotações sociopolíticas, que não podem ser ignorados pelo intérprete. Por essas razões, a interpretação constitucional não pode ser realizada de maneira estritamente racional, apenas através dos recursos hermenêuticos tradicionais, pois sua verdadeira compreensão requer, do intérprete, um certo grau de visão histórica e de sensibilidade, para que seja capaz de efetuar a necessária ponderação e conciliação de valores.

Canotilho entende que a utilização de métodos de balanceamento ou ponderação no direito constitucional representa uma “viragem metodológica necessária”, e explica sua opinião, decompondo-a em três justificativas:

(1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principal de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o

27 Apud. Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial.*

*que implica, em caso de colisão, tarefas de 'concordância', 'balanceamento', 'pesagem', 'ponderação' típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se firmou, a alternativas radicais de 'tudo ou nada'); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.*²⁸

De fato, a Constituição Federal, como expressão dos valores escolhidos como fundamentais pela sociedade (plural por natureza), é suporte para um amplo espectro de valores que, inevitavelmente, resultarão em eventuais contradições.

Nesse mesmo sentido, Douglas Yamashita observa que

*Muito embora a Constituição aspire a inteira eficácia desses valores nela positivados, a inteira realização simultânea desses valores é praticamente impossível. 'Dois ou mais valores aspirados sempre estão em relação de tensão, de tal modo que um 'plus' na realização de um valor significa um 'minus' na realização de outro ou outros valores'.*²⁹

A convivência entre todos esses valores constitucionais, às vezes de ideologias diferentes, geram situações de conflito entre os diferentes princípios albergados pela Carta Constitucional, são as chamadas “antinomias de princípio”. A esse respeito, escreveu Norberto Bobbio:

*Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis.*³⁰

28 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1161.

29 Douglas Yamagushi, *Direitos Fundamentais do Contribuinte*, p. 721.

30 Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 90.

Veja-se que, quando Bobbio diz que “*as antinomias de princípio não são antinomias propriamente ditas*”, diz isso porque, em verdade, os princípios não se chocam, mas sim, autodelimitam-se num processo de “cedência recíproca”. Esta posição é endossada por Celso Ribeiro Bastos, conforme se verifica da transcrição abaixo:

Ele (o intérprete) terá de evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As Constituições compromissórias sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias de direito.

A simples letra da lei é superada mediante um processo de cedência recíproca. Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Prevalecerão, afinal, apenas até o ponto em que deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente.³¹

Observe-se que é nesse processo onde os princípios se “chocam” e se autodelimitam que surge a definição do âmbito ou núcleo de proteção de um direito fundamental. Em outras palavras, o âmbito de proteção de um direito fundamental é definido, também, pelas restrições que outros direitos fundamentais lhe impõem.

Com efeito, Gilmar Ferreira Mendes atesta que “a idéia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos individuais”,³² ocorrendo, até mesmo quando não existe previsão expressa de reserva legal.

Têm-se a reserva legal quando o próprio texto constitucional, ao declarar um direito fundamental, deixa uma indicação (na forma de um dever ao legislador), de que aquele direito não é absoluto e de que suas limitações deverão ser observadas na produção legislativa infraconstitucional. Nessas hipóteses, o constituinte utiliza-se de expressões que fazem referência à lei infraconstitucional, tais como: “nos termos da lei” (do inc. LVIII, art. 5.º) ou; “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (do inc. XII, do mesmo artigo). Ou, pode utilizar-se de expressões que se refiram a algum conceito jurídico, que funcionará como “contrapeso” na limitação de um determinado direito, como no inc. XXIII, do art. 5.º, que fala em “função social” da propriedade.

31 Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 348.

32 Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 213.

Mesmo quando a Constituição não faz reserva legal para o estabelecimento de restrições a um direito fundamental, ainda assim é possível que uma lei infraconstitucional prescreva-lhe restrições. Isso é possível porque, em verdade, a lei infraconstitucional estará apenas **reconhecendo limites imanescentes do contexto sistemático da própria Constituição**, imanescentes da proteção concomitante a outros direitos ou bens.

É por tudo isso que Canotilho, afirma:

(...) a optimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer ‘exercício abusivo’, ‘arbitrário’ ou ‘inespecífico’ de um direito fora do respectivo âmbito de protecção, pois o problema dos ‘limites imanescentes’ é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo constituir-se como de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados . Numa palavra: os chamados ‘limites imanescentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, ‘prima facie’, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia.³³

Os “limites imanescentes” ao direito fundamental à privacidade e à intimidade constituem-se, portanto, em outros direitos ou bens, também protegidos constitucionalmente, cujos âmbitos de protecção, em certas situações, entram em conflito. Vejamos alguns desses “limites”, especialmente no que se relacionam com o direito ao sigilo bancário.

6. LIMITES AO DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

6.1 O Princípio do Estado Democrático de Direito

Logo de início, no art. 1.º da Constituição Federal de 1988, entendemos que já temos uma dessas “limitações” ao sigilo bancário. O *caput* deste artigo estabelece que a “*A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito*”. Temos, pois, que a Constituição Federal foi além da positivação do princípio do Estado de Direito, positivou, então, o princípio do Estado Democrático de Direito, cuja diferença essencial reside em uma preocupação maior com a igualdade (em sua efetiva concretização) e com a justiça social.

33 J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1202.

Élcio Fonseca Reis faz ótima síntese da posição de Jorge Miranda, sobre o significado da expressão “Estado Democrático de Direito”:

*Jorge Miranda entende, sob a égide da constituição portuguesa, que com a expressão ‘Estado de Direito Democrático’ o constituinte não optou por um modelo diferente do Estado Social de Direito, mas apenas por um modelo mais exigente – mais exigente na efetivação da igualdade social, através dos direitos econômicos, sociais e culturais’.*³⁴

Miguel Reale nos lembra que

*(...) o adjetivo ‘democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social ... esse é a meu ver o espírito da Constituição.*³⁵

A forte conotação de “justiça social”, trazida já no primeiro artigo da Constituição, demonstra que um dos grandes objetivos dessa Carta está na busca contínua da igualdade sócio-econômica, em seu sentido material. E o aspecto social, tão forte na Constituição brasileira, contrapõe-se, inevitavelmente, ao aspecto individual, de forma que os direitos individuais não possam ser utilizados para criar, ou manter, desigualdades e privilégios. É o interesse público sobrepondo-se ao interesse individual. Eis o primeiro limite que, no caso específico do sigilo bancário, relaciona-se com a possibilidade de o sigilo bancário ser utilizado para esconder, da administração fiscal, sinais de riqueza passíveis de tributação pelo Estado.

Ocorre que o Estado Democrático de Direito é um Estado Fiscal, que obtém os recursos necessários ao cumprimento de seus objetivos, através da imposição tributária aos cidadãos. Quanto a isto, José Casalta Nabais, faz importante observação:

*Por isso, bem, podemos afirmar, como já o fizemos em outro lugar, que no actual estado fiscal, para o qual não se vislumbra qualquer alternativa viável, pelo menos nos tempos mais próximos, os impostos constituem dever de cidadania, cujo cumprimento a todos nos deve honrar.*³⁶

34 Elcio Fonseca Reis, ob. cit. p. 160.

35 Apud. Douglas Yamaguhsi, ob. cit. p. 721.

36 José Casalta Nabais. *Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal.*

Em outras palavras, o Estado Fiscal, na realização de seus objetivos fundamentais, que são aqueles do art. 3.º da Constituição (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), necessita de dinheiro, e para isso cobra tributos de seus cidadãos. É desse contexto que surge o chamado “dever fundamental de pagar impostos”, cujo bom cumprimento relaciona-se com a concretização dos objetivos fundamentais desta Nação.

Segundo Elcio Fonseca Reis,

*O tributo, nesse contexto, deixa de ser simples fonte de receita para o Estado, passando a ser utilizado como instrumento de realização de justiça, vale-se do princípio da capacidade contributiva como meio de onerar aqueles economicamente mais favorecidos, sendo utilizado, também, de forma extrafiscal, para criar benefícios para regiões mais pobres. Dessa forma, a igualdade no tratamento tributário deixa de ser meramente formal, passando a ser material. Esta é uma característica do Estado social.*³⁷

6.2 O Princípio da Igualdade

Podemos dizer que um outro limite está no princípio da igualdade, positivado no *caput* do art. 5.º, *in verbis*:

*Art. 5.º. Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (grifo nosso).*

Partindo da premissa de que nem todos os cidadãos estão nas mesmas condições de “esconder” seus rendimentos (sinais de riqueza) da administração fiscal, percebemos que o direito a esse segredo (o sigilo bancário), embora conferido, indistintamente, a todos os cidadãos, resulta numa situação de desigualdade dentro do conjunto, pois gera um privilégio para alguns. Ocorre que os trabalhadores autônomos e as empresas, por terem controle sobre os seus balanços contábeis, dispõem de recursos (ilícitos, diga-se de passagem) para ocultar rendimentos à Administração

³⁷ Elcio Fonseca Reis, op. cit., p. 161.

Fiscal. Quem nunca ouviu, ao necessitar dos serviços de um profissional liberal, a pergunta: “com, ou sem recibo?”, na hora de se negociar sobre o preço do serviço. No que diz respeito às empresas, qual seria o significado das expressões “balanço gerencial” e “meia-nota”, às vezes ouvidas no mundo empresarial, em oposição ao tradicional balanço contábil e a simples nota fiscal? É evidente, que os trabalhadores assalariados, que já têm seu imposto de renda deduzido, automaticamente, de seu salário, encontram-se em situação de desvantagem porque não têm possibilidade de manter segredo sobre seus sinais de riquezas, perante o Fisco.

Sobre esse assunto, Cassalta Nabais faz uma provocante observação:

Com efeito, é de todo insustentável a situação a que uma parte significativa e crescente de contribuintes se consegue alcançando, fugindo descaradamente e com assinalável êxito aos impostos. É insustentável pela receita perdida que origina e, conseqüentemente, pelo ‘apartheid’ fiscal que a mesma provoca, desonerando os ‘fugitivos’ fiscais e sobrecarregando os demais contribuintes que, não podendo fugir aos impostos, se tornam verdadeiros reféns ou cativos do Fisco por impostos albeios. Um fenômeno que muito justamente coloca a questão de se saber se, através desta via, não estamos de algum modo a regressar à situação que com algumas exceções se manteve até ao triunfo do estado constitucional, em que certas classes, ou seja, o clero e a nobreza, estavam excluídos da tributação que assim, incidia apenas sobre os membros do terceiro estado.³⁸

Podemos até imaginar que, se todos os cidadãos estivessem em condição de igualdade, no que se refere à possibilidade de manter segredo sobre o verdadeiro montante de seus rendimentos perante o Fisco, não haveria de se falar em conflito entre o direito à igualdade e o direito à privacidade e à intimidade. Contudo, não sendo essa a realidade, concluímos que o direito à igualdade participa das “limitações imanes” ao direito à privacidade, especialmente naquilo em que se relaciona com o sigilo bancário.

6.3 O Princípio da Capacidade Contributiva ou da Justiça Fiscal

Um outro limite, ao direito à privacidade e à intimidade, reside no poder-dever conferido à Administração Tributária, de concretizar o princípio da justiça fiscal, através da detecção dos sinais de riqueza dos contribuintes. Este princípio está insculpido no § 1.º do art. 145, *in verbis*:

³⁸ José Casalta Nabais. ob. cit.

Art. 145. (...)

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O princípio da justiça fiscal ou da capacidade contributiva é explicado, em sua essência, por Roque Antônio Carrazza:

O princípio da capacidade contributiva – que informa a tributação por meio de impostos – hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública.

O princípio da capacidade contributiva informa a tributação por meio de impostos. Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada ‘Justiça Fiscal’.³⁹

Do exposto por Carrazza, temos que a idéia de justiça ou equidade tributária tem a ver com a graduação dos impostos, em proporção à capacidade contributiva do cidadão, às riquezas do contribuinte. No contexto que envolve o sigilo bancário, importante notar que princípio da capacidade contributiva não se limita à esfera da produção legislativa (justiça formal), ele se estende ao campo da fiscalização, que tem o dever constitucional de lhe “conferir efetividade”. Foi exatamente para isso que a Constituição deu à administração tributária o poder-dever de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Evidente, portanto, a limitação imposta ao direito à privacidade e à intimidade.

E nem poderia ser de outra forma, principalmente no que se refere aos impostos baseados na declaração do próprio contribuinte ou naqueles onde há a autoliquidação, lembrando-se que a maioria dos impostos, hoje, incluem-se numa dessas hipóteses. Nesses casos, a Administração depende da veracidade

³⁹ Roque Antônio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 65.

dos dados prestados pelo contribuinte para que possa verificar a correta aplicação da norma tributária. Se não puder fiscalizar tais dados, podemos dizer que para alguns contribuintes afortunados (no sentido de sorte), o dever de pagar impostos deixa de ser compulsório, para ser quase que facultativo. Se a Administração não puder ter acesso aos dados bancários, ficará na dependência da boa-vontade dos cidadãos, o que não seria compatível com seu dever de zelar pela concretização da justiça fiscal.

O fato é que ninguém gosta de pagar tributos, seja por duvidar que o dinheiro será bem utilizado pelo Estado, seja por apego demasiado ao fruto de seu trabalho árduo, de forma que, se o dever de pagar impostos fosse realmente facultativo, quase ninguém os pagaria.

Ives Gandra Martins explica o assunto de maneira interessante, utilizando-se da teoria que divide as normas jurídicas em normas de aceitação e de rejeição social. As primeiras sendo aquelas que os cidadãos, normalmente, cumpririam mesmo que não houvesse sanções para seu descumprimento. O autor utiliza-se do exemplo de norma que prescreva o respeito à vida, que, muito provavelmente, seria cumprida pela maioria dos cidadãos, mesmo que não houvesse sanção. Do outro lado, coloca as normas de rejeição social, sobre as quais, Ives Gandra Martins faz a seguinte explicação:

O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprida a norma de rejeição social.

O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumpri-la.

Tanto assim é que um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes, é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.⁴⁰

A explicação acima tem sentido, mas com o devido respeito ao ilustre tributarista, restou incompleta ao indicar que a sanção já seria suficiente para provocar o cumprimento da norma tributária (de rejeição social). Contudo, já anotava Cesare Beccaria, em seu clássico *Dos Delitos e da Penas*, que:

40 Ives Gandra Martins, *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, p. 12.

*O rigor do suplicio não é que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição (...) A perspectiva de um castigo brando, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o impreciso medo de um suplicio horrendo, em relação ao qual **aparece alguma esperança de não punição**⁴¹ (grifo nosso).*

Se a administração tributária não tiver como verificar a veracidade das declarações dos contribuintes, estes terão mais do que “alguma esperança de não punição”, podemos dizer que terão quase uma certeza de que não serão punidos. No caso de tributos como o imposto de renda, os dados de movimentação bancária são absolutamente necessários à rapidez e à eficiência da fiscalização tributária, e por isso devem ser acessíveis ao Fisco. É nesses termos que o poder-dever de fiscalização tributária, previsto na Constituição Federal, constitui-se num limite ao sigilo bancário e, conseqüentemente, ao direito à privacidade e à intimidade.

Consideramos que estes sejam os “limites imanes” ao direito à privacidade e à intimidade, mais pertinentes ao tema do sigilo bancário. Tais limitações justificam-se, pois são capazes de evitar grandes lesões ao interesse público. Entretanto, jamais poderão restringir o sigilo bancário a ponto de descaracterizar a proteção ao direito individual à privacidade, também de reconhecida importância no sistema constitucional. Em poucas palavras, isto significa que os limites também têm limites. Aqui chegamos ao ponto decisivo para a análise da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, como é o caso da Lei Complementar n. 105.

7. A PROPORCIONALIDADE E A PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Apresentados alguns direitos fundamentais que funcionam como limites ao direito à privacidade e à intimidade (e, conseqüentemente ao sigilo bancário), vejamos agora, se as restrições postas sobre esses direitos, pela Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, são adequadas a esses limites e, conseqüentemente, ao sistema constitucional.

Já vimos que uma lei restritiva de um direito fundamental, se legítima, estará apenas, em verdade, realizando uma composição de princípios constitucionais em “contradição”, composição esta que deve ser guiada pelos critérios da **proporcionalidade** e da **proteção do núcleo essencial**, conforme veremos a seguir. Esses critérios de interpretação permitem que a ponderação dos direitos envolvidos seja resolvida, sem que qualquer um deles seja sacrificado completamente. É o que ensina Suzana Toledo de Barros:

41 Cesare Beccaria. *Dos Delitos e Das Penas*, p.56/7.

*A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como demonstrar-se-á, requer do legislador uma tarefa de concordância prática entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse delicado procedimento, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.*⁴²

Gilmar Ferreira Mendes sintetiza a proteção do núcleo essencial, dizendo que: “*destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais*”.⁴³ Assinale-se, pois, que embora a idéia de restrição seja inerente à idéia de um direito fundamental, esta jamais poderá anular ou esvaziar completamente o conteúdo do direito que está a limitar.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais.⁴⁴

No mesmo sentido, é a lição de Luis Roberto Barroso:

*O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.*⁴⁵

Vejamos, então sob quais critérios, ‘o princípio da proporcionalidade’ possibilita a necessária ponderação de valores e aponta se uma restrição a um direito fundamental, seja ela judicial, legal ou administrativa, viola ou não o âmbito de proteção desse direito.

Nesse passo, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três sub-princípios, a saber: a) o da adequação e efetividade do meio escolhido; b) o da imprescindibilidade do meio escolhido; b) o da proporcionalidade em sentido estrito entre o meio escolhido e à finalidade perseguida.

42 Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p.28.

43 Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 243.

44 Cf. Suzana de Toledo Barros, ob. cit. p. 76.

45 Luis Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 219.

7.1 A Adequação e Efetividade do Meio Escolhido

Este subprincípio refere-se à capacidade do meio empregado, em realizar um fim relevante para o interesse público. Através deste subprincípio, examina-se tanto a legitimidade do fim perseguido, que deverá ser, necessariamente, a satisfação de algum princípio constitucional, como a possibilidade de sucesso da medida restritiva, em relação à sua finalidade.

Transportando essa análise para nosso caso concreto, concluímos que qualquer restrição imposta ao direito à privacidade e à intimidade, através da flexibilização do acesso a dados bancários, deve ser capaz de atender a um fim constitucionalmente legítimo que, no caso, é o de revelar a efetiva capacidade contributiva dos contribuintes, necessária à concretização do princípio da justiça fiscal.

Quanto à legitimidade dos fins perseguidos pela Lei Complementar n. 105, já os analisamos anteriormente, pois são coincidentes com aqueles que denominamos “limites iminentes ao direito à privacidade e à intimidade”, ou seja, à realização dos princípios do Estado Democrático de Direito, do direito à igualdade e da justiça fiscal.

7.2 A Imprescindibilidade do Meio Escolhido

O critério da imprescindibilidade exige que, para a persecução daquela finalidade, não exista maneira menos restritiva aos direitos fundamentais. É o que ensina Paulo Armínio Tavares Buechele:

Em síntese, o objetivo almejado pela Constituição não pode ser atingido de outra maneira, que afete menos o indivíduo, a não ser através daquela eleita pelo legislador infraconstitucional, no momento em que estipula a norma limitadora de um direito fundamental. (...)

Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz/Dürig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão.⁴⁶

No caso da Lei Complementar n. 105, deve ser verificado se a apuração da real capacidade contributiva do contribuinte, através do acesso aos dados de movimentação bancária, não poderia ser alcançada por meios menos restritivos à esfera da privacidade dos cidadãos e, ainda assim, de forma igualmente eficiente.

46 Paulo Armínio Tavares Buechelle, *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação Constitucional*, p. 130.

Como já fixamos anteriormente, a imposição tributária constitui-se em norma de rejeição social, razão pela qual uma simples convocação para a declaração de bens e rendimentos não garante a veracidade das informações, principalmente na hipótese de a administração tributária não ter como confirmá-las ou desconfirmá-las. Contudo, como tais declarações gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, somente se verificará a imprescindibilidade do acesso aos dados bancários quando existirem indícios de que as declarações não sejam fiéis à realidade. Nesse sentido, a Lei Complementar n. 105, em seu art. 6.º dispôs, *in verbis*;

Art. 6.º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instruções financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Vê-se, da leitura da lei, que o legislador infraconstitucional preocupou-se com o critério da imprescindibilidade, quando determinou que o exame àqueles dados deve ser considerado **indispensável** pela administração. Além disso, a exigência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso já evidencia a necessidade, também, de que hajam indícios suficientes apontando contra a veracidade das declarações fornecidas pelo próprio contribuinte. Desta forma, entendemos que as exigências do princípio da imprescindibilidade do meio escolhido, foram atendidas pela Lei Complementar em análise.

7.3 A Proporcionalidade em Sentido Estrito

Este subprincípio, também chamado de “proporcionalidade em sentido estrito entre o meio escolhido e à finalidade perseguida”, traduz-se na exigência do devido sopesamento, entre a finalidade perseguida e a restrição imposta; sopesamento que, nada mais é, senão, uma ponderação dos valores constitucionais envolvidos.

Nas palavras de Paulo Armínio Tavares Buechele,

Portanto, a ponderação entre dois direitos fundamentais atingidos pela medida legal restritiva, para definir-se, no caso concreto, se o dano provocado a um deles em benefício da proteção do outro se justifica ante os objetivos maiores pretendidos pela Constituição, consiste no cerne do subprincípio da proporcionalidade.⁴⁷

47 Ibid., p. 134.

Entendemos que essa circunstância também foi atendida pela Lei Complementar n. 105, em razão da grande importância da finalidade que persegue: a obtenção de recursos para o financiamento do Estado Democrático de Direito, de forma justa e igualitária, respeitando a efetiva capacidade contributiva de cada cidadão, em contraposição com a superficial “invasão” da privacidade que promove na vida dos cidadãos. Senão vejamos.

Já restou dito que os dados bancários e contábeis situam-se na parte menos protegida da esfera da privacidade, isso em razão de sua transcendência econômica e de sua relação apenas indireta com os aspectos da vida privada das pessoas. Aliás, relação que a Lei Complementar n. 105 fez por minimizar, quando estabeleceu no § 2.º, do art. 5.º, que, *in verbis*:

Art. 5.º As informações transferidas na forma do ‘caput’ deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

Além do mais, lembremos que a Administração Tributária está obrigada, legalmente, a não divulgar tais dados bancários, de forma que sua circulação restará restrita ao âmbito administrativo-fiscal. A esfera íntima ou privada, que eventualmente possa ser apreendida através desses dados, não ficará exposta publicamente.

Ao que nos parece, o devido sopesamento entre meios e fins foi realizado de maneira satisfatória e legítima.

8. CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho, propusemos-nos à análise do instituto do sigilo bancário em face do ordenamento jurídico e de sua relação com o direito individual à privacidade e à intimidade. Isso tudo na busca de subsídios que nos indicassem se as restrições impostas a esses direitos pela Lei Complementar n. 105 seriam legítimas, ou não, sob o aspecto constitucional. Vejamos nossas conclusões.

Primeiramente, estabelecemos que o direito ao sigilo bancário tem natureza instrumental, significando que sua função, dentro do ordenamento jurídico, é a proteção de outros direitos. Em especial, apontamos para a relação de instrumentalidade existente entre o direito ao sigilo bancário e o direito individual à privacidade e à intimidade.

Assinalamos, então, que, embora relacionados, o direito ao sigilo bancário e o direito à privacidade não se confundem. O sigilo bancário é positivado através de legislação infraconstitucional, enquanto que o direito à privacidade e à

intimidade não só está previsto expressamente na Constituição Federal, como recebe *status* de princípio constitucional.

A propósito da distinção entre privacidade e intimidade, concluímos, em acordo com a “teoria das esferas”, que a intimidade corresponde a uma parcela mais exclusiva da vida privada, sem repercussão social, recebendo, por isso, proteção constitucional mais intensa. Quanto à privacidade, esta admite diferentes níveis de proteção, graduados em proporção com a repercussão social ensejada pela situação específica.

Nessa trilha, procuramos demonstrar que o âmbito de proteção do direito à privacidade e à intimidade é resultado de um “jogo de autodelimitação entre princípios constitucionais”, de maneira que seu alcance é determinado, em parte, pelas “restrições imanentes” da proteção constitucional a outros institutos, tais como o interesse público, o direito à igualdade e o princípio da justiça fiscal. Contudo, assinalamos que essas “delimitações” impostas a um direito fundamental jamais poderão ser tão intensas, ao ponto da descaracterização desse direito. Seu núcleo essencial deverá ser, sempre, protegido.

Surge, então, o “princípio da proporcionalidade”, a fornecer-nos os critérios de avaliação quanto à constitucionalidade das restrições colocadas aos direitos fundamentais, a saber:

- a) adequação e efetividade do meio escolhido;
- b) imprescindibilidade do meio escolhido; e
- c) proporcionalidade em sentido estrito.

Submetendo o texto da Lei Complementar n. 105 naquilo que trata do sigilo bancário, aos critérios acima mencionados, só nos foi permitido concluir que a Lei Complementar n. 105 é constitucional. Isso porque é fiel ao conjunto de valores postos pela Constituição Federal brasileira, porque vai de encontro aos objetivos do Estado Democrático de Direito e porque é necessária ao estabelecimento da justiça fiscal em nosso País.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário. In: _____. *Estudos e Pareceres – Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 57-72.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 141-161, abr./jun. 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.2, n. 11, p. 26-28, maio./jun. 2001.

CAMPOZ, Laura Rodriguez. *Derechos del Contribuyente en la República Argentina, al amparo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible em: <<http://www.iefpa.org.ar/criteriosdigital/articulos/derechos.htm>> Acesso em: 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Sigilo bancário e o devido processo legal*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.Br/ce1/Pages/Revista/Artigos/0504Denise .pdf](http://www.agu.gov.Br/ce1/Pages/Revista/Artigos/0504Denise.pdf)> Acesso em: 12 jul. 2002.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. São Paulo: Leud, 2001.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 13-52, jul./set. 2001.

FEDER, João. A fiscalização do dinheiro público e o sigilo bancário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 308, p. 51-58, out./dez. 1989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 141-154, 1993.

_____. Sigilo Bancário. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO DO CENTRO DE ESTUDOS VICTOR NUNES LEAL, 2001, Brasília. Disponível em: <<http://www.agu.gov.Br/ce/cenovo/revista/0504Tercio.doc>> Acesso em 12 jul. 2002.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. A questão do sigilo bancário para efeitos tributários. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 155-157, out./dez. 1994.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O Sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade. In: Renan Lotulfo (Coord.). *Direito Civil Constitucional: Cadernos 1*, São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 215-253.

GONÇALVES, Ivens Roberto Barbosa. Facilitar a quebra dos sigilos bancários atenta contra as garantias individuais e outros princípios constitucionais. São Paulo: *Direito & Paz*, ano 3, n. 4, p. 217-234, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 29, n. 79, p. 34-62, jul./set. 1990.

HERRERA, Alfredo Echeverría. *El sigilo bancario – acceso a la informacion bancaria para fines tributários*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial.sigilobancario/EdEspecialDoutrinaAlfredoE.rtm>> Acesso em: 12 jul. 2002.

LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v.8, n. 34, p.146-156, set./out. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 4, n. 11, p. 31-38, jan./mar. 2001.

_____. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 66-76, jul/set 1995.

_____. *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.Br/serviço-jur/contconstit.doc>> Acesso em: 12 jul. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.

NABAIS, José Casalta. *Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.Br/ce/cenovo/revista/0504CasaltaFiscal.doc>> Acesso em: jul. 2002.

REALE, Miguel. Os direitos da pessoa e o sigilo bancário. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57-64.

REIS, Elcio Fonseca. O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos indeterminados e segurança jurídica. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v.8, n.34, p.157-168, set./out. 2000.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SADDI, Jairo. A nova lei de “lavagem de dinheiro” e sua constitucionalidade. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-31. 1998.

SANCHES, J. L. Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. In: _____. *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecialDoutrinaSaldanha.htm>> Acesso em: 12 jul. 2002.

_____. Segredo bancário e tributação do lucro real. In: _____. *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialInter/EdEspecialDoutrinaSaldanha.htm>> Acesso em: 12 jul. 2002.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e a Administração Tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 269-81, abr./jun. 1995.

_____. A quebra do sigilo bancário e o fisco. In: CICLO DE PALESTRAS JURÍDICAS – UNIBANCO / FEBRABAN, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/ce/ceno-vo/revista/0508OthonQuebradoSigilo.doc>> Acesso em: 12 jul. 2002.

SCHERKERKEWTIZ, Isso Chaitz. Considerações sobre um futuro estatuto dos contribuintes. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v.10, n.42, p. 246-267, jan./fev. 2002.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v.10, n.42, p. 241-245, jan./fev. 2002.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v.8, n.30, p.139-145, jan./fev. 2000.

YAMAGUSHI, Douglas et al. *Direitos Fundamentais dos Contribuintes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 15/31, jan./mar. 1998.